



上外法硕论丛

第 1 辑

法律职业的精神

张海斌 主 编
王伟臣 副主编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D9
289



上外法硕论丛

第 1 辑

法律职业的精神

张海斌 主 编

王伟臣 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律职业的精神 / 张海斌主编. —北京:法律出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9907 - 1

I. ①法… II. ①张… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 206666 号

法律职业的精神
(上外法硕论丛·第1辑)

张海斌 主 编
王伟臣 副主编

策划编辑 解 锟
责任编辑 解 锟
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 17.75 字数 230 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 财经出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9907 - 1

定价:53.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

这是一部上海外国语大学法学院法律硕士研究生的文集。里面呈现的，是风华正茂的学子们对法学的理解，或者经由法学的视角对社会、政治和历史的理解。虽然可能会显得稚嫩，甚或并不那么专业和深刻，但字里行间张扬的，却是年轻心灵跃动着的理性的光芒。因此，这部在学术上或许不那么成熟的文集，在我的心里却显得极为厚重。

培根曾经说：“读书使人充实，讨论使人机敏，写作则能使人精确。”无疑，这部文集是能够承载所有这些美好的价值和期望的。在研读的过程中，在构思的过程中，在撰稿过程中，在讨论和修订的过程中，大家的素养、能力、智识和情趣不断得到丰富、拓展和提升，并能从中体味到思想的魅力与分享的快乐。我想这是一件多么美好的事。

著名法学家何勤华教授曾有感云：人生短暂而无常，年轻人须要以时不我待的精神来看待学术，有想法便尽量及时付诸笔端，虽起初可能稚嫩，但日后可不断修缮，趋于完美。一味追求完美与成熟，谨慎下笔，可能会错过写作的最佳机会，最后不了了之，而一事无成。这于个人，甚或于人类的知识而言，亦不啻为一种遗憾和损失。诚哉斯言。

所以，祝贺同学们，祝贺这份雏莺初唱的收获。

张海斌
2016年6月25日晨

目 录

- 范雅楠 / 香港特区高度自治权初探——以“吴嘉玲案”为视角 001
- 李梦竹 / 论我国区际法律冲突问题 017
- 涂光泽 / 琉球主权的探析——以中国藩属制度与国际法对比为视角 029
- 李晓明 / 论国际组织缔约能力的法律依据 049
- 唐彦 / 论在现行法律框架下对中国电影票房“注水”行为的规制 059
- 黄颖 / 我国互联网背景下的相关市场界定方法 073
- 姜雨晴 / 金融消费者权益保护的困境与思路 087
- 袁梦婷 / 驰名商标的反淡化研究 105
- 王雪薇 / 对合同相对性原则突破的探讨 119
- 王一西 / 论网络虚拟财产的法律属性——以QQ为视角,探讨虚拟财产的可继承性 130
- 肖洒 / 论第三人与有过失 139
- 王丹 / 未成年人犯罪原因及预防 151
- 杨旭升 / 司法社会工作概念辨析 162
- 柳长涛 / 法理与情理 173
- 刘佳佳 / 由《红楼梦》探析清代婚姻家庭制度 183



- [法]布鲁诺·布达瑞德(Bruno BEDARIDE)(张怡、董积霞译) / 婚姻、民事互助契约制度、自由同居之比较研究 197
- [美]诺阿·M.卡吉斯(Noah M. Kazis)(娄超凡、张译元译) / 交通事故中的侵权概念 223
- [韩]李镐善(Lee, Hosun)(宋颖超译) / 关于韩国司法考试存废的争议 239
- [南非]恩英亚·S.诺什(Enyinna S. Nwauche)(林璇、李柯萱译) / 新兴的公共知识产权 253
- 刘露莲译 / 2007年泰国反家庭暴力法 270

香港特区高度自治权初探

——以“吴嘉玲案”为视角

范雅楠*

一、“吴嘉玲案”案情及判决

“吴嘉玲案”始于1997年,争议焦点主要在于港人在内地所生子女是否可以当然地获得居港权。终审法院于1999年对该案作出判决:所有香港特区永久性居民在内地所生子女无须受单程证的限制,均可获得居港权。随后,香港特区政府通过建议国务院向全国人大常委会寻求释法,这在香港特区成立以来尚属首次。全国人大常委会通过释法否决了香港终审法院的判决,同时收紧了港人在内地所生子女获得居港权的条件。

(一) 案件详情及争议焦点

香港回归前后,以无证儿童的居港权问题为核心发生了一系列案件,以这类案件为起点生发出香港特区法院释法权与全国人大释法权的冲突,“吴嘉玲案”是这一领域内的标志性案件。

无证儿童的居港权问题,在这一系列案件中主要体现为港人在内地所生子女的居港权问题。这一问题在当时上升为一个争议不休的法律问题。于是,法庭将众多相互关联的案件合并审理,即“吴嘉玲案”。其中,吴嘉玲于1987年在我国内地出生,并于1997年7月1日未通过入境管制站入港。其

* 上海外国语大学2015级法律硕士研究生。



父于1976年入港,至起诉时已是在港通常居住连续7年以上的中国公民。同月4日,吴嘉玲等向香港特区政府入境处申请居留权未获批准。根据《香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》),〔1〕吴嘉玲与其父均为香港特别行政区永久性居民。此处,其父在港享有正式居留权无疑。然而,根据《基本法》第22条第4款〔2〕的规定,吴嘉玲入港申请居留权须办理相关手续(根据《人民入境条例》,在香港以外所生的中国籍子女须持内地公安机关批准的“单程证”方能申请在港居留权,否则被视作非法入境)。因此,吴嘉玲的居港权在当时不被认可,故香港入境处以非法入境为由将其拘留。吴嘉玲等人以香港入境处为相对人向法院提起“司法复核”之诉,经一审、二审败诉后直至1999年终审法院判决吴嘉玲等人胜诉。至此,根据终审法院的判决,所有香港永久性居民在内地的子女均可获得居港权。而该案本身具有的更大意义在于,香港特区政府向全国人大常委会寻求首次释法。

本案的争议焦点主要在于《基本法》第22条和第24条的适用问题。双方在第24条中“港人在内地所生子女应当然享有居留权”一点上达成一致,但在第22条中“中国内地其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续”发生分歧。在香港临时立法会通过的《人民入境(修订)(第3号)条例》中规定,内地居民凭借血缘关系取得居留权的条件是必须由内地机关发给单程证,才可享有香港的居留权。而原告方认为不仅“居留权证明书”的做法是一种对港人在内地所生子女对居留权的自动享有的剥夺,“单程证”的设置也是对特别行政区高度自治精神的违背。

本案审理和判决过程中,香港特区高等法院行使了释法权,对《基本法》在一定范围内进行了解释。高等法院认为,《基本法》存在特别保留空间容许特别行政区政府进行立法。《基本法》第24条在指明享有香港居留权的条

〔1〕《基本法》第24条第2款规定:香港特别行政区永久性居民为:(1)在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民;(2)在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续7年以上的中国公民;(3)第(1)、(2)两项所列居民在香港以外出生的中国籍子女。

〔2〕《基本法》第22条第4款规定:中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续,其中进入香港特别行政区定居的人数由中央人民政府主管部门征求香港特别行政区政府的意见后确定。



件时并未提及确定和核实这些人的身份以及行使这类权利的方式。同时,香港特区高等法院认为香港《入境条例》设定的居留权申请书制度和单程证制度符合《基本法》。这一判决使以吴嘉玲为代表的无证儿童未获得居留权。同时,在当时港内还存在大量未申请司法复核的无证儿童,在此案审理期间入境处以非法入境为由对其继续进行遣返。

(二)终审法院的判决结果

香港高等法院的判决引发多方不服,该案被上诉至终审法院。香港终审法院于1999年1月29日对以“吴嘉玲案”为代表的香港无证儿童案做出终审判决。

就案件中涉及的、各方关于《基本法》第22条、第24条适用的分歧及香港特区法院是否在审理中有权解释的问题,香港终审法院认为,《基本法》中的相关条款是否需要提请全国人大常委会解释,由香港特区法院在审理案件时自行决定。如果当该条款是属于香港特别行政区自治范围以外的条款,而该解释会影响案件的判决,香港终审法院就将提请全国人民代表大会常务委员会对该条款解释。而经香港终院裁定,《基本法》第24条属于特别行政区自治范围内的条款。因此,没有必要提请全国人民代表大会常务委员会进行解释。^[1]

关于“单程证”^[2]问题,即《人民入境(修订)(第3号)条例》(以下简称《第3号条例》)中关于须附有单程证的居留权证明书才能取得居留权的规定,1980年香港政府即有规定香港永久性居民在内地时所生的子女未必当然享有居留权,须经向内地公安机关申请签发《前往港澳通行证》(单程证,与往返港澳通行证的双程证相区别)才能入港获得居留权。香港终审法院判

[1] “吴嘉玲案”终审判决书95-106。

[2] 单程证:1997年7月9日,由香港特别行政区临时立法会制定的《1997年入境(修订)(第3号)条例》确认了香港永久性居民中的中国公民在内地的婚生子女构成香港永久性居民,并具体规定了法律程序:经向内地公安部门申请并通过审核确认身份后,领取由特别行政区政府颁发的居留权证明书,以此证明书至内地公安部门处领取其签发的前往香港通行证(单程证),该证采配额制,排队轮候,以登记顺序为准签发。

定该条规定违宪。终审法院认为,《第3号条例》将香港居民的居留权置于内地行政机关的控制下,而此种控制并不对等,即内地相对机关的行为并不受香港权力机关相对应的约束,此种限制法院不能接受。另外,《基本法》附件3(在香港特别行政区实施的全国性法律)中无关于内地公安机关关于出入境的规定,因而该条例不被认作在港适用的全国性法律,进而,不能被用来限制香港居民的入境权利。终审法院进一步明确,《基本法》第22条中规定的“中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续”中的“中国其他地区的人”是指没有香港居留权的内地公民,而并非指具有香港居留权的香港公民。而根据《基本法》第24条,港人在内地所生子女是当然的香港公民,因此不受《基本法》第22条约束。由此,香港终审法院判决《第3号条例》中单程证的相关规定违宪。

由于香港终院判决吴嘉玲等人胜诉,驳回了香港入境事务处要求终审法院提请全国人大常委会解释《基本法》相关条款的请求。致使港人在内地所生子女无须单程证即可当然地享有在港居留权,入境处无权以单程证等判决中所列因素将在内地出生的港人子女拘捕并遣返。

(三) 判决引发的法律问题

这一判决虽然使大量在港外出生的港人子女得以顺利获得在港居留权,但这项判决也存在侵害全国人大立法权的嫌疑,同时也使特区政府陷入的行政管理的困境,因而引发了不少争议。

首先,该判决明确宣布特区法院具有“宪法性管辖权”,也就是在具体案件中对于人大释法行为是否符合《基本法》特区法院有权进行审查,并在认为该立法行为不符合《基本法》时将其宣布为无效。^[1] 这一判决体现了在司法主权问题上特区与中央出现了部分与整体的矛盾。1999年该案审理过

[1] “吴嘉玲案”判决书62:一直引起争议的是,特区法院是否具有司法管辖权去审核全国人民代表大会或其常务委员会的立法行为(以下简称行为)是否符合《基本法》,以及倘若发现其抵触《基本法》时,香港特区法院是否具有司法管辖权去宣布此等行为无效。依我等之见,香港特区法院确实有此司法管辖权,而且有责任在发现有抵触时,宣布此等行为无效。关于这点,我等应借此机会毫不含糊地予以阐明。



程中,香港入境处一方代表曾要求终审法院寻求人大释法,明确《基本法》第24条有关“港人”定义的条文,被终审法院首席法官引述《基本法》第158条〔1〕拒绝。终审法官认为,《基本法》第24条属于自治范围,应由法院自行解释,终审法院不能放弃解释自治条款的权利,这是削弱香港自治的体现。另外,终审法院法官在判决书中明确了“特区法院在高度自治的原则下享有独立的司法权”,当与《基本法》或法律相抵触的行为出现时,这些行为均受香港特区法院的裁定。〔2〕在本项判决中,终审法院对于香港特区司法权限的定性与中国政治体制下全国人大及其常委会的法律解释权限产生了一个明显冲突。因为后者在法律解释中多数扮演了立法解释的角色,根据《立法法》第47条的规定:“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。”关于在这一点上的分歧将在下文进行详细阐述。通过这项判决,香港特区终审法院展现出对于香港特区司法主权的自治程度的认识。

此外,这一有争议的判决也带来了不可回避的社会问题。“单程证”的取消相对降低了香港居留权获得的门槛。经政府评估,因终审法院的裁决将给香港带来巨大的人口压力。由于此次“吴嘉玲案”的判决为终审判决,为维持社会秩序,1999年5月以时任香港特首董建华为代表的特区政府决定以政府报告的形式自行通过决议,建议国务院提请全国人民代表大会常务委员会就《基本法》第24条的含义作出解释。这也是香港特区回归以来全国人大常委会首次解释《基本法》。

1999年6月22日全国人大常委会就《基本法》第22条第4款和第24条

〔1〕《基本法》第158条第2款规定:全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。第3款规定:香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。

〔2〕“吴嘉玲案”判决书64:与其他宪法一样,《基本法》既分配权力,也界定权限,并且订明各项基本权利及自由。与其他宪法一样,任何抵触《基本法》的法律均属无效并须作废。根据《基本法》,香港特区法院在《基本法》赋予特区高度自治的原则下享有独立的司法权。当涉及是否有抵触《基本法》及法律是否有效的问题出现时,这些问题均由香港特区法院裁定。因此,全国人民代表大会或其常务委员会的行为是否抵触《基本法》由香港特区法院裁定,当然香港特区法院所作的决定亦必须受《基本法》的条款限制。



第2款第3项作出解释。常委会会议指出：“终审法院在判决前没有按照《基本法》第158条第3款的规定提请全国人大常委会进行解释，而终审法院的解释又不符合立法原意”。〔1〕这体现了全国人大常委会对此次终审法院对“吴嘉玲案”判决的立场——认为香港特区法院对基本法原意的理解是错误的，并将通过此次解释来纠正这一错误。

全国人大常委会在报告中对《基本法》第22条第4款的立法原意解释为对内地与香港之间长期实行的出入境管制制度的肯定。内地所有人，包括香港永久性居民在内地所生的中国籍子女不论以何种事由要求进入香港特区均须申请办理批准手续。另外，关于第24条第2款第3项所称的“第1、2两项所列的居民在香港以外所生的中国籍子女”，全国人大常委会解释为是指在其出生时，其父母双方或一方须是香港永久性居民。这一报告获得了全国人大的批准成为确定《基本法》相关条款含义的依据。这等于肯定了《第3号条例》中的“单程证”的作用与地位，使“单程证”制度得以延续。并且根据全国人大的解释，均非香港永久性居民的父母所生的子女不能获得香港居留权。这一解释不仅收紧了入港获取居留权的条件，同时体现了国家最高权力机关对司法主权的立场，也变相推翻了的终审法院的判决。

二、本案中高度自治权与司法主权的冲突

在该案中，可以清晰地感觉到三股力量的两对博弈：香港特区政府、香港终审法院以及中央政府。前期是香港特区政府以入境事务处为代表与终审法院的博弈；后期是中央政府经由以行政长官为代表的特区政府建议而提请人大释法与终审法院的博弈。由于该案处于“一国两制”的构想实施的初期，因而牵涉、暴露出诸多重大问题。放在制度的运行层面来看，其实就是司法主权的冲突问题。“吴嘉玲案”中所体现出司法主权冲突的原因，究其根本，还要从两地的法律解释体系的不同谈起。

〔1〕 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第22条第4款和第24条第2款第3项的解释。



(一) 普通法体制下的香港特区法律解释体系

英国为了便于在香港的殖民统治,自统治时期开始便在香港大量移植其法律制度,香港地区因此逐渐发展成为普通法地区。由于1984年《中英联合声明》和1997年开始在港实施的《基本法》的保障,香港法制依旧实行普通法体制。因而,与之并存的普通法传统对《基本法》的实施形成了不小的挑战。

在普通法系国家,法律解释是法律制度中一个极为重要的部分,作为一个以判例法为主的法系,法律适用的主要过程是法官识别—解释—运用法律的过程,所以法官在法律适用过程中对法律的解释直接、广泛而长期地影响法律的适用。^{〔1〕}受英国普通法的影响,香港特区法院的法律解释体系突出表现为法官造法和遵循先例。由此,普通法系下法官相对宽松的自由裁量权使香港终审法院的法官在该案中坚持一贯的思路与司法经验,适用普通法系法律解释方法,过度关注普通法系下所定义的司法独立,而忽视了在一国两制的实施过程中普通法法律体系与内地的政治体系的交互与适应以及回归中国后的香港社会实情。

(二) 中国政治体制下全国人大常委会法律解释体系

我国现行的法律解释体系包括:凡关于法律、法令、法条本身需要进一步明确界限或做补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。^{〔2〕}全国人大及其常委会的法律解释权在《基本法》中也有体现。

由此,在1999年的“吴嘉玲案”中全国人大常委会对《基本法》相关条款的解释表现出对司法主权的明确立场。这一立场的背后有《宪法》和《基本法》所授予的解释法律的权力作为支撑,且系依据中国当前的法律解释体制作出。关于全国人大常委会释法行为的定性,有学者认为更类似于普通法系

〔1〕 郭华成著:《法律解释比较研究》,中国人民大学出版社1993年版,第45页。

〔2〕 参见全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》。



中的司法行为。^{〔1〕} 2000年《立法法》规定：“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力”，结合全国人大常委会就前述《基本法》相关条款作出解释的程序，可以认为全国人大常委会的上述法律解释是一种立法行为。但根据该案中人大释法的目的来看，其针对终审法院的判决，在明确法律的同时也改变了法院的解释与判决，“人大释法是明确法律、纠正下级法院的判决、指导方针、保留已有权利的结合体”，^{〔2〕}具有一定的司法性质。

在该案中，全国人大常委会根据《宪法》第67条第4款和《基本法》第158条第1款所赋予的解释权进行释法，这种解释的方法偏向于大陆法体系中对“立法原意”的解释。在当前的法律解释体系中，法律解释就是对法律含义的阐述，忠实于立法原意，不能简单地看条文的字面含义，不能根据个人理解随意解释。^{〔3〕} 对于立法原意的强调也体现在该案全国人大常委会的解释中。这种法律解释方法与香港特区法院的释法方法显然区别显著，因而全国人大常委会依据《基本法》第158条释法权的实施与终审法院对《基本法》的整体实施的过程中，仍存在冲突需要进行协调。

该案中全国人大常委会释法权的行使可以视作我国法律解释体系的进一步完善。在这场博弈中，人大常委会将《基本法》第158条通过实际操作纳入我国的法律解释体系中，从而为《基本法》作为宪法性文件在香港特区的适用排除了来自普通法的影响。

（三）全国人大常委会法律解释权和香港特区法院法律解释权的冲突

司法权的自主程度是香港回归的诸多焦点中最重要的一个，香港特区的“高度自治权”在司法方面如何行使，在何种范围内行使；中国政府如何在香港特区行使主权，如何合理的涉及香港特区又保留适当空间。在英国殖民统

〔1〕 佳日思：“人大常委会的解释及其影响”，载佳日思、陈文敏、傅华伶编：《居港权应发的宪法争议》，香港大学出版社2000年版，第209页。

〔2〕 同上。

〔3〕 罗政：“乔晓阳一行就全国人大常委会对基本法附件的解释与香港各界见面”，载《云南日报》2004年4月9日。

治时期的香港,香港一切案件的司法诉讼终审权都在英国。《中英联合声明》中明确宣布香港在设立特别行政区后仍维持原有法律制度不变,未将终审权回收,实现在司法领域的“一国两制”。这看上去似乎并不会导致什么司法权的冲突。释法权,这一在两种法律体制中规定截然不同的权力成为两种法律制度发生冲突的关键点——在“法官造法”的普通法体制中,法官在判案过程中享有充分的自由裁量权,因而法院拥有法律解释权;而在当代中国的法律解释体系下,最高法律解释权为全国人大常委会所拥有。因此,在“吴嘉玲案”中,当两种法律解释权发生碰撞,这种释法权冲突的背后是中国国家主权与香港特区高度自治权之间的冲突。

在全国人大常委会对《基本法》第24条第2款、第3款解释时,除了进一步明确条款中的定义问题,以“立法原意”的法律解释方法指出终审法院的判决不正确,一些解释性的条文起到了补充规定的作用。^[1] 在解释中出现的这种“补充规定”在普通法系中被视作法律的修改。而依据《基本法》第158条和第159条,^[2]修改法律显然比解释法律要经过更加严格的程序和限制。而全国人大常委会这种释法权的行使用解释法律的程序体现了修改法律的效果,这在“法律至上”的普通法系中是不被接受的。

香港特区终审法院将《基本法》放在与宪法同等的位置,认为《基本法》“与其他宪法一样,任何抵触《基本法》的法律均属无效并须作废”。因此,当

[1] 参见全国人大常委会对《基本法》第24条的相关解释:其中第3项关于第1、2两项所列居民在香港以外所生的中国子女的规定,是指无论本人是在香港特别行政区成立以前或以后出生,在其出生时,其父母双方或一方须是符合《基本法》第24条第2款第1项或第2项规定条件。本解释所阐明的立法原意以及《基本法》第24条第2款其他各项立法原意,已体现在1996年8月10日全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四条第二款的意见》中。

[2] 参见《基本法》第159条规定:“本法的修改权属于全国人民代表大会。”

本法的修改提案权属于全国人民代表大会常务委员会、国务院和香港特别行政区。香港特别行政区的修改议案,须经香港特别行政区的全国人民代表大会代表2/3多数、香港特别行政区立法会全体议员2/3多数和香港特别行政区行政长官同意后,交由香港特别行政区出席全国人民代表大会的代表团向全国人民代表大会提出。本法的修改议案在列入全国人民代表大会的议程前,先由香港特别行政区基本法委员会研究并提出意见。本法的任何修改,均不得同中华人民共和国对香港既定的基本方针政策相抵触。”



涉及是否有抵触《基本法》及法律是否有效的问题出现时,香港特区法院均可以依据《基本法》赋予它的独立司法权予以裁定。然而,根据《立法法》,全国人大常委会的法律解释与法律具有同等效力。据此,香港特区法院无权将全国人大及其常委会的行为作为一种单纯的法律解释行为进行“裁定”,而应当视为“与法律具有同等效力”的规则进行直接适用。

《基本法》第158条中所体现的是制度设计者对“一国两制”下的法律解释机制的一种安排。可以整理出三种法律解释机制:(1)依据宪法赋予全国人大常委会释法权,因而规定全国人大常委会对《基本法》拥有释法权;(2)赋予香港特区法院在“自治范围内条款”的释法权,该项权利为全国人大常委会授予。是为保证特区一定程度司法自治的体现;(3)在香港特区法院所审理的案件中涉及“自治范围外条款”且影响案件的判决时,要提请全国人大常委会释法。因而,香港特区法院虽拥有一定的司法主权,但这种主权不但是由全国人大常委会授予,且受到了“特区范围”的限制。在普通法系中,法院的释法权是法院所固有的,而非任何机关授予而来;而在“一国两制”体制下香港的司法主权,受到了全国人大常委会释法权的监督。不过,这种监督也只是在“特区范围”之外的存在,且只能通过释法而非直接审判来影响案件判决。这体现了制度设计者为中央政府和特区政府所设置的“最低限度的司法主权”的意图。^{〔1〕}

为了解决人大常委会法律解释权和特区法院法律解释权的冲突,从《基本法》第158条可以看出在制度安排上的分工与制约。以“特区范围”为界限,涉及该范围内的条款,由香港特区法院解释,全国人大常委会不做干涉;涉及该范围之外的条款,应由香港特区法院提请全国人大常委会解释。以此来实现“一国两制”下特区的“高度自治”,同时也使中央能对特区适当监督。而“吴嘉玲案”中由香港特区政府建议国务院提请全国人大常委会进行法律解释的方式是香港特区政府与特区法院博弈过程中产生的在法律规

〔1〕 强世功:“司法主权之争——从吴嘉玲案看‘人大释法’的宪政意涵”,载《清华法学》2009年第5期。

定之外的自行提起机制,涉及政治体制中的诸多因素,由于本文着重探讨区际司法主权冲突,因而在此对这种机制不多做讨论。

三、本案反映出的全国人大及其常委会的释法权在香港的困境

(一)从《宪法》、《基本法》的关系讨论人大释法权的正当性

全国人大释法权的正当性和当然性在我国《宪法》与《基本法》中均有规定。根据《宪法》第67条之规定,解释法律为全国人民代表大会常务委员会职权之一。根据《基本法》第158条之规定,本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

《宪法》是我国的根本大法,是一切法律制定的根据,也是特别行政区内的最高法。《基本法》这一在宪法框架下所制定出的法律自然也不例外,其秉承《宪法》的原则和宗旨被制定。《基本法》本身的性质为宪法性文件,在香港特别行政区内,是一切普通法制定的前提。《宪法》和《基本法》共同构成了香港的宪制基础。《基本法》是《宪法》法律原则法律上的具体化。^{〔1〕}二者同时也共同构成了香港特别行政区地方制度的前提和基础,使“一国两制”构想在法律上得以完整体现。因此,香港特区法院法官在审理案件过程中都受到《宪法》的约束。

由此可见,全国人大释法权在香港特别行政区内的正当性。它有着充分的法理基础,应当被认可并应当被充分保证在必要时以法律规定的程序提起并实行。

(二)本案终审法院对《基本法》的定位与对人大释法权的态度

针对全国人大常委会1999年在“吴嘉玲案”后所做的解释,香港特区终

〔1〕 王力:“试论我国宪法与香港基本法的关系”,载《江西大学学报》(社会科学版)1991年第2期。